



Direitos Fundamentais Sociais dos Imigrantes no Neoconstitucionalismo: Eficácia Jurídica e Social

Daniela Wernecke Padovani*¹

Mirta G. Lerena Misailidis*²

RESUMO: O presente artigo trata da questão da efetividade dos direitos fundamentais dos imigrantes fronteiriços no Brasil, com destaque aos mais vulneráveis, os imigrantes indocumentados. Análise do tema tem como ponto referencial normativa nacional e internacional correlata, no contexto do constitucionalismo moderno, o que inclui o constitucionalismo liberal, social e neoconstitucionalismo, apresentando, este último, uma releitura do direito a partir de nova hermenêutica jurídica, servindo-se do princípio da vedação do retrocesso e de uma teoria de justiça na busca da implementação de uma sociedade livre, justa e solidária. A vertente metodológica adotada é a jurídico sociológica mediante o método dedutivo.

Palavras-Chave: Imigrante; Fronteiriço; Indocumentado; Neoconstitucionalismo; Retrocesso; Justiça.

Fundamental Social Rights of Immigrants in Neo-constitutionalism: Legal and Social Efficacy

¹ * Graduada e Especialista em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito e Relações Internacionais pela Universidade Metodista de Piracicaba. Doutoranda em Direito da Universidade de São Paulo. daniela@werneckepadovani.com.br

² * Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Professora da Graduação e Pós Graduação do curso de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba. lerena@uol.com.br



ABSTRACT: This article deals with the question of the effectiveness of the fundamental rights of frontier immigrants in Brazil, with emphasis on the most vulnerable, undocumented immigrants. Analysis of the theme has as reference point the national and international normative, in the context of modern constitutionalism, which includes neoconstitutionalism, presenting a rereading of the law from a new juridical hermeneutics, serving of the principle of the prohibition of retrocession and of a theory of justice in the search for the implementation of a fair and solidary society. The methodological side adopted is the sociological juridical by means of the deductive method.

Keywords: Immigrant; Frontier; Undocumented; Neo-constitutionalism; Retraction; Justice.

1 Introdução

O presente estudo traz à discussão a tutela dos direitos fundamentais sociais, em especial dos direitos trabalhistas de imigrantes fronteiriços que, ao adentrarem em território nacional brasileiro, são atraídos para atividades laborais em um contexto de precarização e marginalização de seus direitos.

Considera-se fronteiriço todo aquele imigrante proveniente dos países limítrofes com o Brasil, como é o caso da Bolívia, da Argentina, do Paraguai, do Uruguai, do Peru, da Venezuela e da Colômbia.

Ao tratarmos do processo migratório, daremos enfoque aos imigrantes fronteiriços indocumentados e a exemplo de tais imigrantes faremos um destaque especial aos bolivianos, cuja população encontra-se atualmente mais presente no Brasil. Justifica-se o destaque em decorrência do expressivo e crescente número de bolivianos que se instalaram em território nacional nas últimas décadas, vinculando-se ao mundo do trabalho em situação de uma clara desproteção, com vínculos laborais de subemprego³. Parte desses imigrantes chegam no Brasil

³ O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE registra que a migração internacional no Brasil teve um aumento no decênio 2000 - 2010, totalizando 268,4 mil imigrantes no país em 2010 contra 143,6 mil em 2000, sendo que somente no município de São Paulo, houve o ingresso de 39.655 imigrantes em 2010 contra 18.237 em 2000, de acordo com os Censos Demográficos do IBGE de 2010 e 2000, respectivamente. Neste cenário, a Bolívia encontra-se, em 2000, entre os três países com maior número de imigrantes vindos para o município de São Paulo com 2.115 imigrantes, enquanto que em 2010 esse número quadruplicou para 9.419 imigrantes, deixando a Bolívia na posição de liderança no contexto das migrações internacionais. Dados disponibilizados no site da Polícia Federal Ministério da Justiça e Segurança Pública <www.pf.gov.br/imprensa/estatistica/estrangeiros> Acesso em 03/03/2017.



à procura de melhores condições de vida e são rapidamente absorvidos no mercado informal de trabalho, geralmente no setor têxtil, sendo submetidos à exploração nas relações laborais com desrespeito aos seus direitos fundamentais⁴.

A vulnerabilidade desses trabalhadores, por estarem em situação irregular com documentação insuficiente ou com período de permanência vencido no território nacional, somada às dificuldades decorrentes do choque cultural, propiciam um cenário de exploração laboral e de marginalização de direitos. De uma lado, esses trabalhadores temem a fiscalização dos órgãos oficiais brasileiros que, em última instância, podem concluir pela prisão administrativa e deportação do trabalhador; de outro lado, ante a necessidade de sobrevivência, submetem-se, na clandestinidade, à relações laborais com supressão de direitos fundamentais e com extremo aviltamento da dignidade humana⁵.

Dada esta situação, cumpre-nos elencar a principal normativa nacional e internacional pertinente aos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores imigrantes e compreendê-los, quanto à sua efetividade, no contexto da evolução do constitucionalismo moderno, perpassando pelos constitucionalismos liberal, social e pelo neoconstitucionalismo, apresentando, este último, uma releitura do direito a partir de modificações na interpretação e na aplicação das normas jurídicas, servindo-se, por exemplo, do princípio da vedação do retrocesso e de uma teoria de justiça na busca da implementação de uma sociedade livre, justa e solidária.

2 Normatividade nacional e internacional relativa aos direitos fundamentais dos imigrantes

A legislação pertinente à temática abrange preceitos constitucionais, de cunho programático e principiológico, bem como abrange normas infraconstitucionais, algumas delas de questionável aplicabilidade diante da evolução da normativa internacional que vem sendo paulatinamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro.

⁴ Segundo a Prefeitura de São Paulo, os bolivianos que chegaram ao município de São Paulo cinco anos antes do Censo 2010, fixaram-se principalmente nas regiões norte e leste do município, as quais são próximas às instalações fabris da indústria de confecção que se utiliza dessa mão de obra. De acordo com referida fonte, o fluxo migratório boliviano delineou-se a partir dos anos 1990, com os recém chegados vinculando-se como mão de obra subcontratada em pequenas oficinas clandestinas e, posteriormente, integrando-se ao ramo da confecção de pequeno e médio portes. Informação extraída de Informes Urbanos nº 15, de dezembro de 2012, sob o título *Dobra o número de imigrantes internacionais em São Paulo na última década*, da Prefeitura de São Paulo, desenvolvimento urbano. < http://smdu.prefeitura.sp.gov.br/informes_urbanos > Acesso em 19/02/2017.

⁵ Informações levantadas com base no artigo intitulado *Imigrantes Indocumentados e a Inefetividade de seus Direitos Fundamentais Trabalhistas*, da autoria de Daniela Wernecke Padovani e Mirta Lerena Misailidis, pp. 169-184. Disponível em: < www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/zwub6y85/B7M1mXXR0E2JDzUA.pdf >.



A Constituição Federal traz como fundamentos da República, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e preconiza como seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Ainda, determina que as relações internacionais da República serão regidas pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

Tais princípios, por si só, já autorizariam a proteção efetiva e o reconhecimento de direitos fundamentais sociais aos imigrantes indocumentados, que chegam no Brasil à procura de trabalho e condição digna de vida e encontram exploração e precarização de seus direitos fundamentais.

Não bastasse a principiologia constitucional que deve nortear, além da aplicação do direito, também a elaboração das normas, o próprio título II da Constituição Federal traz como direitos e garantias fundamentais a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, seja brasileiro ou estrangeiro, e o reconhecimento de direitos sociais ao trabalho, à educação, à saúde, dentre outros elencados no artigo 7º.

Importante ressaltar que o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais aos estrangeiros não se destinam apenas àqueles que residem no País, em que pese a literalidade do caput do artigo 5º da Constituição Federal, haja visto que o Supremo Tribunal Federal já manifestou entendimento no sentido de que a titularidade dos direitos fundamentais se estende a todos os estrangeiros, em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia.⁶

Para corroborar tal entendimento, o artigo 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 - Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil e incorporado ao ordenamento jurídico por meio de Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, dispõe sobre a obrigação dos Estados-Partes de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e garantir

⁶ Nesse sentido, segue trecho de decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 97.147, da Segunda Turma, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 04.08.2009: “(...) Ressaltou-se que, em princípio, pareceria que a norma excluiria de sua tutela os estrangeiros não residentes no país, porém, numa análise mais detida, esta não seria a leitura mais adequada, sobretudo porque a garantia de inviolabilidade dos direitos fundamentais da pessoa humana não comportaria exceção baseada em qualificação subjetiva puramente circunstancial. Tampouco se compreenderia que, sem razão perceptível, o Estado deixasse de resguardar direitos inerentes à dignidade humana das pessoas as quais, embora estrangeiras e sem domicílio no país, se encontrariam sobre o império de sua soberania. (...)”; informação extraída do Informativo STF nº 554, disponível em português em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo554.htm>>.



seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma.

Concomitantemente aos preceitos constitucionais, vigora no ordenamento jurídico o Estatuto do Estrangeiro⁷ que, em vigência desde 1980, foi recepcionado pela atual Constituição e vem sendo desastrosamente aplicado às relações laborais dos imigrantes indocumentados. Desastrosamente porque sua aplicação confere insegurança jurídica e inefetividade dos direitos fundamentais sociais a esses trabalhadores, tais como previstos na Constituição. Isso se deve ao descompasso entre a realidade e necessidade dos trabalhadores imigrantes no Brasil e as exigências previstas no Estatuto, cuja interpretação do direito é feita com base no paradigma da segurança nacional, e não como uma questão correlata aos direitos humanos.

Entretanto, recente normativa vêm sendo incorporada ao ordenamento brasileiro, de sorte a mudar a interpretação e aplicação dos direitos relativos aos trabalhadores imigrantes. A mobilidade social internacional deve ser pautada pela dignidade da pessoa humana, pela igualdade de oportunidades e pela liberdade de locomoção, e não deve ser vista como uma ameaça à segurança nacional.

Destacam-se nesta nova normativa o Acordo para Residência de Nacionais do Mercosul, Bolívia e Chile⁸ e a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL de 2015, ressaltando-se que esta última ainda não passou por todos os trâmites legais para sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro.

Tais diplomas trazem consideráveis avanços no que tange à proteção trabalhista dos imigrantes indocumentados, não obstante, ainda haja entraves a superar. Ambos os diplomas traduzem a preocupação e o empenho dos Estados envolvidos em fomentar condições adequadas para o alcance da plena integração sociolaboral, em busca de um desenvolvimento com justiça social. Há, nesses diplomas legais, a convergência de princípios e valores de que

⁷ Está em tramitação no Congresso Nacional o projeto de nova Lei de Migração nº 2516/2015, que define os direitos e deveres do migrante no Brasil, e regula a entrada e permanência de estrangeiros. O projeto, já aprovado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal depende da apreciação do Presidente da República para sanção ou veto. Caso seja sancionada, a nova Lei de Migração revogará o atual Estatuto do Estrangeiro. No entanto, por ora, o Estatuto do Estrangeiro, de 1980, está em vigor no ordenamento jurídico brasileiro. < <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/04/18/projeto-da-nova-lei-de-migracao-segue-para-sancao-presidencial> >. Acesso em 16/05/2017.

⁸ O Acordo para Residência dos Nacionais do Mercosul, Bolívia e Chile é um documento internacional do Mercosul assinado pelos Estados Partes, bem como por Estados Associados do Mercosul, entre os quais o Chile que não faz fronteira com o Brasil, e, portanto, para fins de análise do presente artigo, não está incluído no grupo de imigrantes indocumentados fronteiriços.



todos os seres humanos têm direito a perseguir seu bem estar material em condições de liberdade, dignidade e de igualdade de oportunidades.

Essa normativa vem de encontro com as diretrizes apresentadas em outros diplomas internacionais, alguns dos quais já incorporados pelo Brasil, à exemplo do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, o qual dispõe sobre o reconhecimento do direito ao trabalho a toda pessoa, bem como o direito ao seu exercício sem discriminação de qualquer natureza⁹.

A Organização Internacional do Trabalho dispensa notável atenção à questão dos trabalhadores imigrantes. Em 1975 adotou a Convenção 143 Sobre as Imigrações Efetuadas em Condições Abusivas e Sobre a Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes, objetivando suprimir empregos ilegais e preconizando o princípio da igualdade no tratamento de política social, de emprego e residência. Referida Convenção, embora não tenha sido ratificada pelo Brasil, faz parte do conteúdo de diretrizes da OIT, estabelecido na sua Constituição, que é a proteção dos interesses dos trabalhadores empregados em países estrangeiros e que todo o Estado Membro da Organização se compromete a seguir.

No mesmo sentido, a Organização das Nações Unidas, considerando os graves problemas humanos decorrentes da migração irregular e a necessidade de adoção de medidas adequadas para assegurar a proteção dos direitos humanos fundamentais dos trabalhadores migrantes e considerando que os trabalhadores indocumentados são frequentemente empregados em condições desfavoráveis de trabalho, adotou pela Resolução 45/158 da sua Assembleia Geral, em 1990, a Convenção Internacional sobre Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, a qual prevê a garantia dos direitos nela elencados para todos os trabalhadores migrantes sem distinção de qualquer natureza¹⁰.

⁹ O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, foi incorporado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Dispõe o artigo 2º que "Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação." e o artigo 6º dispõe que "Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito."

¹⁰ Convenção Internacional sobre Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias, conforme artigo 7º " Os Estados Partes comprometem-se, em conformidade com os instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos, a respeitar e a garantir os direitos previstos na presente Convenção para todos os trabalhadores migrantes e membros das suas famílias que se encontrem no seu território e sujeitos à



Entretanto, a par da normativa, a realidade mostra que o intenso fluxo migratório de trabalhadores fronteiriços, muitas vezes em situação irregular, e o estabelecimento de relações laborais em condição de exploração ainda aviltam a dignidade do trabalhador, deixando-o à margem de seus mais básicos direitos sociais.

Não é equivocado afirmar que ao menos na ordem jurídica programática e principiológica, os imigrantes indocumentados estão sendo gradativamente amparados, muito embora ainda haja entraves legais que dificultam o acesso aos direitos. Em que pesem os avanços, persiste ainda, todavia, um distanciamento considerável entre o reconhecimento formal dos direitos fundamentais sociais e a sua efetividade na vida prática dos trabalhadores.

A efetividade dos direitos sociais e da proteção ao trabalhador, seja esse nacional ou estrangeiro, é premissa de uma ordem social justa, a partir da qual entendemos não ser possível conceber um tratamento jurídico desigual ao imigrante indocumentado, calcado em paradigma ultrapassado.

3 A efetividade dos direitos fundamentais na evolução do constitucionalismo

Nessa esteira, faz-se importante resgatar as ideias do constitucionalismo moderno, cuja evolução, desde o constitucionalismo liberal do século XVIII, passando pelo constitucionalismo social até o neoconstitucionalismo atual, nos fornece subsídios para o entendimento e análise da questão apresentada.

O constitucionalismo é um processo de reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais no bojo de uma Constituição, de forma a vincular e limitar a atuação do Estado. Trata-se da constitucionalização de direitos fundamentais que, ao menos no plano formal, passam a ter as características da estabilidade e da supremacia, extraídas da própria Lei Maior.

Segundo Ingo Sarlet, o constitucionalismo moderno teve seu marco com o movimento revolucionário da França, cujas ideias defendidas na Revolução Francesa foram trazidas para as Constituições de 1791 e 1793. (SARLET, 2015, p. 44).

sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião ou convicção, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, posição econômica, patrimônio, estado civil, nascimento ou de qualquer outra situação." e artigo 11 " 1. Nenhum trabalhador migrante ou membro da sua família será mantido em escravidão ou servidão; 2. Nenhum trabalhador migrante ou membro da sua família poderá ser compelido a realizar um trabalho forçado ou obrigatório." Disponível em <www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/...da.../2014_11685.pdf> Acesso em 23/04/2017.



O pensamento liberal burguês do século XVIII dominou o cenário político e socioeconômico, inaugurando a concepção de Estado absenteísta em contraposição ao Estado absolutista. O liberalismo burguês criou a base dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Esse pensamento predominou na primeira fase do constitucionalismo, em que se defendia a ideia de direitos fundamentais de cunho negativo, relacionados a uma abstenção do Estado. Isto é, a finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, garantindo-lhe os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei.

As ideias burguesas caracterizavam-se pela sua essência individualista e defensiva em relação ao Estado. Este deveria abster-se, não intervindo nas relações do indivíduo. A submissão do Estado aos direitos de cada indivíduo evidenciava o valor da supremacia do indivíduo sobre o ente estatal. Tais ideais liberais serviram aos interesses desta classe burguesa em ascensão, a qual intencionava eliminar os obstáculos ao desenvolvimento econômico e à participação na esfera política que não eram favorecidos em um Estado absolutista. Os direitos fundamentais de primeira dimensão são, portanto, o produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII (SARLET, 2015, p. 47).

Entretanto, o modelo constitucional implantado pelo Estado liberal, com mera garantia de direitos exercidos contra o Estado diante de uma postura passiva e absenteísta não trouxe respostas adequadas a plena realização do indivíduo na sociedade.

Paulo Bonavides afirma que “o velho liberalismo não pode resolver o problema de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise. Não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida, desapossados de quase todos os bens.” (2007, p. 188).

Já no século XIX, a questão social passou, então, a ser pauta de reivindicações das massas de trabalhadores num contexto em que o processo de industrialização impactava graves problemas sociais e econômicos e as distorções produzidas pelo ideário liberal burguês eram sentidas, na medida em que a consagração formal dos direitos de liberdade e igualdade não garantia o gozo efetivo desses direitos a todos os indivíduos.

Os movimentos reivindicatórios traziam a necessidade do reconhecimento de direitos em um Estado mais participativo e ativo na busca da realização da justiça social. Os direitos reivindicados, de cunho positivo, relacionados a segunda dimensão dos direitos humanos,



exigem a intervenção do Estado na esfera das liberdades individuais, propiciando um direito de participar do bem-estar social (LAFER, 2001, p. 127).

De acordo com Ingo Sarlet, trata-se de garantir a liberdade por intermédio do Estado e não mais só a liberdade perante o Estado. Esses direitos fundamentais caracterizam-se por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como saúde, educação, trabalho, etc. Os direitos de segunda dimensão englobam as denominadas liberdades sociais, como a de sindicalização, do direito de greve, do reconhecimento de direitos fundamentais dos trabalhadores, tais como férias, repouso semanal remunerado, salário mínimo, limite na jornada de trabalho. (SARLET, 2015, p. 47 - 48).

É nesse contexto de reivindicações das classes menos favorecidas que surgem duas Constituições, de conteúdo eminentemente social, tidas como o marco do constitucionalismo social: a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar da Alemanha de 1919.

A partir desses diplomas constitucionais, há o reconhecimento do Estado como ente garantidor não somente dos direitos de primeira dimensão, já anteriormente consagrados em texto constitucional, mas também dos direitos de segunda dimensão, sendo necessário para tanto um Estado intervencionista com uma postura mais ativa e participativa para viabilizar o efetivo exercício desses direitos.

De acordo com Carlos Miguel Herrera, a história constitucional tem nascimento oficial com a Constituição alemã de 11 de agosto de 1919, com um precedente fundamental na Constituição Mexicana de 5 de fevereiro de 1917. (HERRERA, 2008, p.7).

Importante ressaltar que o constitucionalismo social traz a coexistência de direitos clássicos individualistas de cunho liberal burguês e de direitos sociais inspirados em princípios socialistas, na busca da construção de uma social-democracia. Há a introdução de direitos sociais no âmbito constitucional, atuando o Estado como garantidor do exercício dos direitos por meio da promoção da igualdade material.

O constitucionalismo social busca, por meio da intervenção do Estado no domínio econômico, uma sociedade mais justa e menos desigual. É, pois, fruto das reivindicações relacionadas à questão social, produzida no próprio capitalismo, em um cenário de efervescência dos movimentos populares, tais como a Revolução Mexicana de 1910, a Revolução Russa de 1917, agravado pela Primeira Guerra Mundial de 1914.

Salienta Fabio Konder Comparato que “a Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as



liberdades individuais e os direitos políticos. Na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio após a Primeira Guerra Mundial” (Comparato, 2001, p. 184). A Constituição Mexicana representou o pacto da luta e do diálogo entre os distintos setores sociais.

Ainda, assinala Comparato que a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas de todo o Ocidente. “O Estado da democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais – ignorados pelo liberal-capitalismo. Os dois grandes Pactos internacionais de direitos humanos de 1966 foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições no início do século.” (COMPARATO, 2001, p. 199).

De fato, os dispositivos da Constituição de Weimar trouxeram as bases da democracia social. A questão econômica passa a ter como princípio a existência digna a partir de limitações à liberdade de mercado, a propriedade passa a significar também obrigações a partir da ideia de função social da propriedade e os direitos trabalhistas e previdenciários são elevados ao nível constitucional de direitos fundamentais, tal como na Constituição mexicana.

Nessa fase de constitucionalismo social, o Estado passa a intervir na economia e nas relações privadas para garantir o bem-estar social. No lugar de uma sociedade composta por proprietários, organizados por um Estado não intervencionista, surge uma sociedade marcada pelo conflito das diversas camadas sociais, em busca de seus próprios interesses.

Embora sejam evidentes as conquistas sociais numa sociedade organizada sob as bases do constitucionalismo social, ainda assim é possível verificar na realidade discrepâncias sociais que denunciam a inefetividade de direitos fundamentais reconhecidos na própria Lei Maior. Vê-se, portanto, que o Estado Social não conseguiu efetivar os inúmeros direitos previstos e realizar a democratização econômica e social.

De fato, no Brasil, a inclusão do extenso rol de direitos fundamentais, tanto individuais como sociais, previstos principalmente nos artigos 5º e 7º da Constituição Federal, parece que não foi suficiente para alcançar uma sociedade com justiça social.

Ainda hoje parte considerável das relações laborais se desenvolve à margem das previsões legais e constitucionais de direitos fundamentais. Dito de outra forma, ainda hoje a realidade nos mostra que relações laborais são desenvolvidas com inobservância e desrespeito



aos direitos fundamentais, os quais embora formalmente reconhecidos e em pleno vigor no ordenamento jurídico brasileiro, carecem de efetividade. Se há norma constitucional que determina que os estrangeiros devam ter igualdade de direitos e de oportunidades, sem preconceito proveniente de origem ou de qualquer outra forma de discriminação e; se a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho são fundamentos para se construir uma sociedade justa, visando a promoção do bem de todos, então por qual razão convivemos com a exploração de trabalhadores imigrantes que são submetidos a realizar atividades laborais com excesso de jornada em troca de salários abaixo do mínimo constitucional, em lugares insalubres e perigosos para a sua saúde e de seus familiares? Por qual razão a sociedade presencia o aviltamento da dignidade humana desses trabalhadores?

4 Neoconstitucionalismo: uma releitura na interpretação e na aplicação do direito

Embora o constitucionalismo liberal, de previsão meramente formal de direitos, tenha cedido espaço para o constitucionalismo social, cujo mote foi a tentativa de garantia material de direitos fundamentais para todos, ainda assim, a sociedade não conseguiu atingir um estado de justiça social.

Neste contexto de inefetividade de direitos, o movimento jurídico filosófico neoconstitucionalista, com expressão a partir de fins do século XX, apresenta uma releitura do direito com base na modificação da interpretação e da aplicação das normas jurídicas, visando ao reposicionamento das normas constitucionais como elementos centrais e superiores da ordem jurídica. O neoconstitucionalismo traz como uma de suas principais características a ênfase aos princípios jurídicos, na busca pelo desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional que traga resultados concretos e efetivos na realização dos direitos fundamentais.

Nas palavras de Helios Sarthou, "En necesario un neoconstitucionalismo para nuestro tiempo, no meramente declarativo, que incluya los medios para la autoejecutabilidad de la norma máxima".¹¹ (SARTHOU, 2006, p. 783).

Nesta seara, a tendência à normatividade dos princípios faz com que o conteúdo puramente programático de um princípio adquira novos contornos e passe a buscar o alcance da maximização da eficácia dos direitos fundamentais. Merece destaque, neste ponto, o

¹¹ Tradução livre: "É necessário um neoconstitucionalismo para o nosso tempo, não meramente declaratório, mas que inclua os meios para o custo da autoexecutoriedade da Lei Maior".



princípio da vedação do retrocesso dos direitos fundamentais sociais, o qual vem sendo erigido à condição de princípio constitucional fundamental implícito, conforme adiante exposto.

4.1 O princípio da vedação do retrocesso dos direitos fundamentais sociais

Há um claro descompasso entre o dever ser normativo, aqui representado pela eficácia jurídica que, de acordo com a teoria clássica de José Afonso da Silva, se expressa na seara da exigibilidade da norma, isto é, da possibilidade de sua aplicação jurídica, e o ser da realidade social, aqui representado pela eficácia social, cuja concepção se confunde com a efetividade da norma (Sarlet, 2015, p. 247). No entendimento de Ingo Sarlet, a eficácia jurídica, definida como a possibilidade de a norma jurídica ser aplicada aos casos concretos, não se confunde com a eficácia social que significa a decisão pela efetiva aplicação da norma com resultado concreto decorrente desta aplicação. Ressalta este autor que a eficácia do Direito, ou seja, a realização integral do Direito não pode estar dissociada dessas duas noções de eficácia (Sarlet, 2015, p. 248). Tanto a eficácia jurídica quanto a eficácia social são indispensáveis à realização da justiça social.

Resta verificar se a situação precária dos trabalhadores imigrantes indocumentados, tal como previamente descrita, assim o é pela carência de normas de direitos fundamentais no ordenamento jurídico, e, portanto, pela ineficácia jurídica, ou pela carência de decisões que busquem na aplicação das normas um resultado concreto, o que seria dizer pela ineficácia social ou inefetividade da norma.

Conforme já salientado, a normativa nacional (Constituição Federal e diplomas internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro a exemplo do Acordo para Residência de Nacionais do Mercosul, Bolívia e Chile) reconhece direitos fundamentais aos trabalhadores imigrantes, incluindo os indocumentados, sendo certo que esse reconhecimento é uma inequívoca exigência direta do princípio da dignidade da pessoa humana e também do Estado de Direito, o qual deve assegurar um mínimo de segurança jurídica e estabilidades nas relações sociais.

Entretanto, a previsão de direitos fundamentais, em especial de direitos consignados como de segunda dimensão, demandam para sua efetividade prestações positivas estatais que tragam viabilidade para o seu exercício. Nesta medida, a promoção de políticas públicas e também a atividade legiferante traduzem-se em decisões concretas que visam a efetiva aplicação das normas de direitos fundamentais.



Salienta Sarlet que os "direitos sociais prestacionais têm por objeto precípua a conduta positiva do Estado, consistente numa prestação de natureza fática". Nas palavras de José Eduardo Faria, "os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em um tratamento uniforme, mas sim um direito das preferências, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios"¹² (SARLET, 2015, p. 291).

A fruição dos direitos fundamentais de cunho social, e, portanto, sua efetividade, demanda atuação positiva do Estado para que o Direito "desempenhe uma função de promoção dos indivíduos na sociedade, através da ampliação dos serviços públicos". Pode-se dizer que os direitos fundamentais de segunda dimensão, tais como foram elencados no plano internacional pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966, caracterizam-se por serem "realizados progressivamente por uma coletividade, por meio da atuação estatal". (LAFER, 2001, p. 129).

Não obstante isso, é certo que os direitos sociais prestacionais não se esgotam para a sua concretização na dimensão positiva, mas possuem igualmente uma dimensão de cunho negativo, que consiste precisamente na abstenção do Estado no sentido de não prejudicar o exercício dos direitos já conquistados, ou seja, deve haver a garantia de que as conquistas relativas à proteção social alcançadas no âmbito do Estado Social sejam mantidas. Isso ocorre, dentre outras formas de abstenção, pela impossibilidade de edição de normas posteriores virem a suprimir ou diminuir sem justo motivo um direito fundamental já conquistado.

Neste contexto, o importante princípio da vedação do retrocesso dos direitos fundamentais contribui para a análise da efetividade das normas de direitos sociais aqui tratada, na medida em que aponta diretrizes para que os direitos fundamentais sociais possam ser assegurados contra uma supressão ou mesmo uma restrição destituída de fundamento constitucional.

Quanto ao reconhecimento do princípio da vedação do retrocesso, sustenta Gomes Canotilho que os direitos fundamentais sociais podem assumir a condição de verdadeiros direitos de defesa contra medidas que representem retrocesso em razão da destruição ou redução dos direitos já concretizados na ordem jurídica. Isso ocorre em razão desses direitos fundamentais sociais atingirem a condição de direitos subjetivos, legitimando a exigência de prestações estatais e de posturas, ainda que negativas, que venham a garantir seu exercício. (Canotilho, 1999, p. 474). Uma vez concretizado o direito na ordem jurídica, "este transforma-

¹² Conforme José Eduardo Faria, in: Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça, p. 105.



se, nesta medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele". (CANOTILHO, MOREIRA, 1991, p. 131).

Dessa forma, nota-se que o princípio da vedação do retrocesso conduz à imposição de limites formais, já que impede que a atividade legiferante possa introduzir no ordenamento jurídico normas que signifiquem supressão ou diminuição daquilo que já representa uma conquista de direitos, e também de limites materiais, na medida em que não autoriza alterações em prejuízo do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Como bem salienta Sarthou, "la verdad es que no puede haber retroceso en los aspectos necesarios del existir y, especialmente, en lo que tiene que ver con la calidad de vida". E conclui o autor, "gerentes de nuestros países latinoamericanos, deberá promover la barrera de la no regresividad de los derechos humanos".¹³ (SARTHOU, 2006, p.785).

O princípio da vedação do retrocesso assume, segundo Sarlet, "feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito" e, como tal, está relacionado ao princípio do Estado de Direito e ao princípio do Estado Social, garantindo no âmbito deste a "manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados" e no âmbito daquele a "estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica". Conclui o autor que o princípio da vedação do retrocesso é "corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e da própria dignidade da pessoa humana", uma vez que do princípio da dignidade humana extrai seu fundamento, inviabilizando interpretações ou aplicações do direito que fiquem aquém do patamar mínimo de uma existência digna. (SARLET, 2015, p. 468).

No plano internacional, o princípio da vedação do retrocesso também encontra-se implícito como fundamento no sistema de proteção dos direitos sociais, na medida em que o direito internacional impõe o reconhecimento e a implementação progressiva dos direitos sociais, a teor do artigo 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em vigor no ordenamento jurídico pátrio desde 1992.

Não se admite, portanto, ações no âmbito estatal que impliquem a inviabilidade do exercício de direitos sociais já conquistados, o que não significa que deva haver um engessamento do Estado, seja na atividade legiferante, seja na jurisdicional, seja na executiva, impossibilitando-o de fazer ajustes necessários de acordo com as circunstâncias fáticas da realidade de cada sociedade, ajustes este que, no entanto, não podem prescindir de fundamento

¹³ Tradução livre: "A verdade é que não pode haver retrocesso nos aspectos necessários do existir e, especialmente, no que diz respeito com a qualidade de vida"; "governantes de nossos países latinoamericanos, deverão promover a barreira do não retrocesso dos direitos humanos".



constitucional. Isto é, na medida em que a vedação do retrocesso é compreendida como um princípio constitucional, passa a submeter-se, na atividade hermenêutica constitucional, à ponderação de princípios, remetendo-se, na esteira do entendimento de Alexy, à ideia de princípio como um mandamento de otimização, enquanto normas que são e que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. (ALEXY, 2015, p. 117).

Dessa forma, a interpretação constitucional, respaldada na ponderação de princípios constitucionais, permite eventual restrição de determinados direitos fundamentais sociais já consolidados, desde que não seja ultrapassado o limite do núcleo mínimo à uma existência digna e desde que o fundamento constitucional subjacente à restrição seja justificado pela preponderância de outro direito fundamental.

4.2 Releitura do direito a partir de uma teoria da justiça em John Rawls

O movimento neoconstitucionalista, no anseio de reconstruir as bases do Direito Constitucional, busca encontrar um novo papel da sociedade no Estado e uma análise possível para isso é valer-se de uma teoria de justiça, por meio da qual também se pretende dar maior efetividade na vigência dos direitos sociais. Dessa forma, o neoconstitucionalismo serve-se também, na busca por uma nova hermenêutica constitucional, de uma teoria de justiça.

Afirma Luís Roberto Barroso que o neoconstitucionalismo se caracteriza pelo reconhecimento de força normativa à Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e pelo desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional, de sorte que o direito positivado deve ser considerado através de uma leitura conjunta com a concretização de valores. Segundo Barroso, o neoconstitucionalismo busca a interpretação do direito com base em uma teoria de justiça.

Nesta perspectiva, de busca pelo aprimoramento das relações sociais, no intuito de implementação de uma sociedade livre, justa e solidária, vem à baila o pensamento do filósofo John Rawls, segundo o qual "uma sociedade é bem ordenada não apenas quando está planejada para promover o bem de seus membros, mas quando é também efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça. Salienta Rawls sobre a necessidade de convergência de princípios da justiça social que possam atribuir direitos e deveres básicos, bem como determinar uma distribuição adequada de benefícios e encargos na cooperação social. (Rawls, 1997, p. 5-7).



Dito de outra forma, a sociedade é um sistema de cooperação que deve conciliar interesses divergentes em busca de benefícios para a coletividade e os termos da cooperação serão definidos pela estrutura básica da sociedade, que é o objeto da justiça. Portanto, ainda valendo-se do raciocínio de Rawls, a estrutura básica mais justa de uma sociedade é aquela que cada indivíduo escolheria se não soubesse qual viria a ser o seu papel particular no sistema de cooperação daquela sociedade.

Assim, torna-se evidente que um indivíduo na sua posição original, e portanto coberto pelo véu da ignorância, para usar a própria terminologia apresentada por Rawls, não escolheria viver numa sociedade pautada pela desigualdade social, pela discriminação em razão da origem ou que fosse permissiva em relação às situações de exploração de trabalhadores imigrantes, negando-lhes acesso aos direitos fundamentais básicos. Tal conclusão é intuitiva, na medida em que esse indivíduo, não lhe sendo dado saber se ocuparia a desvantajosa posição do trabalhador imigrante ou outra posição que na lógica dessa estrutura social lhe deferisse efetivos benefícios, certamente não correria o risco de viver nas condições da primeira posição.

Neste sentido, a estrutura básica da sociedade pode ser considerada justa somente se observar os princípios com os quais as pessoas na posição original concordariam. Segundo Rawls, esses princípios consistem, em primeiro lugar, na igualdade na determinação dos direitos e deveres fundamentais e, em segundo lugar, na justa desigualdade quando esta reflete benefícios para todos, especialmente para os menos favorecidos na sociedade.

5 Considerações Finais

No transcorrer da história de conquistas dos direitos fundamentais sociais, em especial daqueles pertinentes aos trabalhadores imigrantes indocumentados que chegam ao Brasil à procura de condições dignas de vida, nota-se que, muito embora expressiva parcela desses direitos já tenham sido reconhecidos na ordem jurídica tanto nacional quanto internacional, ainda hoje é possível presenciar uma precária realidade em que os direitos fundamentais não são observados e a dignidade humana desses imigrantes é violada.

O reconhecimento formal e gradativo dos direitos fundamentais tomou uma dimensão constitucional, com a supremacia destes em relação às demais normas do ordenamento jurídico, em razão dos movimentos constitucionalistas liberal e social, os quais, apesar de conferirem maior força às normas de direitos fundamentais por erigi-las ao nível constitucional, não conseguiram alcançar a efetividade e a justiça social esperadas.



Nessa esteira, surge o neoconstitucionalismo com a apresentação de uma releitura do Direito a partir do desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional, na qual destaca-se o princípio da vedação do retrocesso, princípio este que, uma vez inserido no patamar constitucional, tem o condão de assegurar, em harmonia com os demais princípios constitucionais, que os direitos fundamentais sociais conquistados não sejam objeto de supressão ou mesmo diminuição pelo Estado Democrático de Direito.

Ainda, o neoconstitucionalismo, na busca de implementação de uma sociedade mais justa, livre e solidária, vale-se da interpretação do Direito também com base em uma teoria de justiça, a qual, com fundamento nos direitos humanos e visando à efetividade dos direitos fundamentais, busca o equilíbrio nas relações sociais através da convergência de princípios de justiça como a igualdade de direitos e deveres e a desigualdade na sua distribuição, atendendo, com isso, à máxima protetiva de tratar desigualmente os desiguais.

É preciso, portanto, para que tenhamos uma sociedade que usufrua concretamente dos direitos a ela deferidos, que as normas nacionais e internacionais saiam do campo da retórica, com previsão formal de reconhecimento de direitos e passem para o campo da efetividade, através de uma interpretação e aplicação do Direito que possam garantir o alcance real da justiça social e do bem estar da sociedade.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> acesso em 01 de dezembro de 2016.

BAUMAN, Zygmunt. *Estranhos à nossa porta*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

_____. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*, 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005.



- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BRASIL. Decreto nº 6.975, de 07 de outubro de 2009. Promulga o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL, Bolívia e Chile, assinado por ocasião da XXIII Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizada em Brasília nos dias 5 e 6 de dezembro de 2002. Diário Oficial da União. Brasília, DF. 08 de outubro de 2009. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6975.htm
- BRASIL. Lei n. 6.815 de 19 de agosto de 1980. Estatuto do Estrangeiro, define a situação do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho de Imigração. Diário Oficial da União. Brasília, DF. 182 publicado em 21 de agosto de 1980 e republicado em 22 de agosto de 1981. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DECLARAÇÃO SOCIOLABORAL DO MERCOSUL de 2015. I Reunião Negociadora. Brasília, 17 de julho de 2015. Disponível em: www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-aimprensa/10519-declaracao-sociolaboral-do-mercosul-de-2015-i-reuniao-negociadorabrasilia-17-de-julho-de-2015.
- FARIA, José Eduardo. *O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira*, in: José Eduardo Faria. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, São Paulo: Malheiros, 1994.
- HERRERA, Carlos Miguel. *Estado, constituição e direitos sociais*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas, SP, 2008.
- HOBBSBAWM, Eric J. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LOVETT, Frank. *Uma teoria da justiça, de John Rawls*. Porto Alegre, Penso, 2013.
- MISAILIDIS, Mirta Lerena e BOARETTO, Laira Beatriz, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores imigrantes no Mercosul: os excluídos socioeconômicos do bloco regional*, in: BRAVO, Álvaro Sanchez e MISAILIDIS, Mirta Lerena (organizadores). *Os direitos*



fundamentais dos refugiados (deslocados) ambientais e da exclusão socioeconômica, 1ª ed., São Paulo, 1012.

MISAILIDIS, Mirta Gladys Lerena Manzo de. *Convergências e assimetrias nas relações coletivas de trabalho nos países do Mercosul*, in: CECATO, Maria Aurea Baroni e RUPERT, Maria Belén Cardona (organizadoras). *Direito Social na União Europeia e MERCOSUL: emprego e inserção sociolaboral*. João Pessoa: UNIPÊ/BC, 2009.

PADOVANI, Daniela Wernecke e MISAILIDIS, Mirta Lerena. *Imigrantes indocumentados e a inefetividade de seus direitos fundamentais trabalhistas*, in: *Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho I* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA; Coordenadoras: Mirta Gladys Lerena Manzo De Misailidis, Vanessa Vieira Pessanha – Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 169-184.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, Brasília, Universidade de Brasília, 1981.

_____. *O direito dos povos*. São Paulo, Martins Fontes, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. *O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade*, in: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, nº 17, 1999, p. 111-132.

SARTHOU, Helios. *El principio de La solidaridad y La constitucionalización social*, p. 769-786, in: *Derecho Laboral: revista de doctrina, jurisprudência e informaciones sociales*, Tomo XLIX – nº 224, Octubre – Diciembre 2006, Fundación de Cultura Universitaria: Montevideo.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A evolução dos direitos fundamentais*, in: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 6 (2005): 541-558.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitution*. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

VALTICOS, Nicolas. *Derecho internacional del trabajo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1977.